

КОМПЕНСАЦИЯ КАК СРЕДСТВО ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ В МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ ОТНОШЕНИЯХ: ПОСЛЕДНИЕ ТЕНДЕНЦИИ

© 2012 г. Александр Сергеевич Юхно¹

Краткая аннотация: в работе рассматривается проблема присуждения компенсации в международных инвестиционных отношениях. На основе анализа международной практики делается вывод о том, что компенсация является наиболее распространенным средством правовой защиты в международных инвестиционных разбирательствах.

Annotation: the article addresses the issue of compensation in the international investment relations. Based on the analysis of the international practice it is concluded that compensation is the most widespread legal remedy in international proceedings.

Ключевые слова: международное экономическое право, компенсация, реституция, статьи об ответственности государств за международные противоправные деяния, Комиссия международного права.

Key words: international economic law, compensation, restitution, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, International Law Commission.

В связи со стремительным развитием международных экономических отношений возрастает количество спорных ситуаций между субъектами инвестиционной деятельности. Специфика правоотношений между принимающим инвестиции государством и иностранным инвестором обуславливает потребность в обеспечении большей прозрачности и предсказуемости международной практики в области присуждения компенсации. Это позволит точнее предсказывать результаты рассмотрения таких споров и оценивать стоимость рисков инвестиционной деятельности.

Профессор Б. Сабахи выделяет следующие основные причины, по которым инвестиционные споры привлекают такое большое внимание: участие государства в качестве ответчика в таких делах; предмет разбирательства, который обычно включает экономические вопросы, представляющие интерес для общества, а также потенциально вопросы прав человека, экологии и здоровья; развитие рассматриваемых юридических вопросов, так как такие споры, как правило, затрагивают развивающиеся государства².

Как известно, в течение длительного времени иностранные инвесторы не могли напрямую требовать выплаты компенсации у государства. В такой ситуации им оставалось либо подавать исковое заявление в суды государства-реципиента инвестиций, либо обращаться к своему государству за дипломатической защитой. Отсутствие эффективных правовых механизмов разрешения спорных ситуаций для инвесторов препятствовало притоку инвестиций в государства. Благодаря положениям об арбитражных оговорках в международных договорах и специально создаваемым органам с заранее определенной юрисдикцией положение дел в этой области стало улучшаться. Однако по-настоящему сильная защита прав инвестора и возможность инициировать разбирательство непосредственно против государства у инвесторов появляются с развитием двусторонних и многосторонних инвестиционных соглашений в данной области. Это привело к росту арбитраж-

ных разбирательств и выработке принципов, на основании которых потерпевшей стороне выплачивалась компенсация.

Г.М. Вельяминов отмечает, что «реальным ядром» соглашений о поощрении и защите инвестиций являются условия защиты таких инвестиций. По его мнению, защита, степень ее надежности, гарантированность возмещения возможных ущербов от некоммерческих рисков являются главным «поощрением» иностранных инвестиций³. Для достижения данной цели такие соглашения должны содержать различные защитные механизмы, главным из которых является право инициировать судебное (арбитражное) разбирательство против государства – реципиента инвестиций.

Как показывает практика, большинство разбирательств проходят на основании применения двусторонних или многосторонних инвестиционных соглашений. Важную роль также играют разбирательства вследствие нарушения контрактных обязательств, выносимые на рассмотрение международных арбитражных трибуналов в контексте применения ими международного права при присуждении компенсации, а также решения Трибунала по претензиям между США и Ираном, которые дают богатую информацию для анализа по различным аспектам рассмотрения вопросов компенсации. Отдельное внимание уделяется решениям Постоянной палаты международного правосудия (далее – ППМП), которые во многом определили развитие юриспруденции в области присуждения компенсации. Речь прежде всего идет об известном деле *Chorzow Factory*. Что касается Международного Суда ООН, то, как отмечает проф. С.Ю. Рыпинский, даже, несмотря на то, что компенсация была присуждена только в деле *Corfu Channel*, его решения внесли большой вклад в развитие юриспруденции в области международной ответственности⁴. Из других важных мест урегулирования споров

³ См.: Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. Академ. курс. М., 2004.

⁴ См.: Рыпинский С.Ю. Имущественная ответственность государства за вред, причиняемый предпринимателям. М., 2002. С. 16; Лабин Д.К., Шумилов В.М., Мельничук И.П. и др. Международное экономическое право. Учебн. пос. для вузов / Под ред. А.Н. Вылегжанина. М., 2012. С. 207–212.

¹ Аспирант кафедры международного права МГИМО (У) МИД России (E-mail: alexander_yukhno@mail.ru).

² См.: Sabahi B. Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice. New York, 2011. P. 2.

следует также выделить Компенсационную комиссию ООН, Европейский Суд по правам человека и *ad hoc* трибуналы, которые в последние годы стали редкостью.

В последнее время в научной литературе все большее внимание уделяется не только правовым основаниям исковых заявлений касательно выплаты компенсации, но и рассмотрению вопроса конкретной суммы компенсации, которую сторона может получить по итогам судебного (арбитражного)⁵ рассмотрения. Понимание размера такой суммы является крайне важным обстоятельством при принятии решения об участии в международных судебных разбирательствах. Если в предыдущие годы основные вопросы в этой области касались выплат компенсации за экспроприацию или национализацию, то в настоящее время данный перечень вопросов заметно расширился. Более того, соображения экономического характера могут способствовать обеспечению принципа добросовестности в поведении сторон, когда они осознают финансовые последствия своих решений.

Международно-правовое регулирование иностранных инвестиций превратилось в дополнительный, но существенный механизм защиты прав и интересов иностранных инвесторов⁶. Как справедливо подчеркивал И.И. Лукашук, международное право значительно расширило сферу своего действия, охватывая все новые области межгосударственных отношений и все более активно взаимодействуя с внутренним правом⁷. Изучение судебной и арбитражной практики показывает, что на данный момент довольно сложно проанализировать, как различные механизмы разрешения инвестиционных споров принимали решения по вопросам оценки инвестиций. Данное обстоятельство можно объяснить большим количеством судов и трибуналов, которые занимаются рассмотрением вопросов компенсации. Более того, предсказать финансовый исход дела тяжело в связи с отсутствием единообразных принципов рассмотрения дел. В связи с тем, что многие термины (“стоимость”, “полное возмещение” и т.д.), которые используются в ходе разбирательств, требуют толкования, существует большое поле для субъективных экспертных оценок. Расчет суммы компенсации традиционно становится краеугольным камнем в правовых процедурах. Важно отметить, что международная судебная практика в отношении вопросов оценки суммы компенсации остается в большей степени непредсказуемой. Как отмечает И. Марбоэ, “сложно установить общие принципы или методологию, которые бы широко признавались. Ситуация осложняется тем фактом, что решения часто недостаточно обоснованы и последовательны”⁸.

В научной литературе выделяют, как минимум, три причины отсутствия последовательности и предсказуемости исходов международных процедур. Во-первых, существует проблема использования терминов. Обязательство выплатить сумму денег может обозначаться как обязанность (*duty*) выплатить компенсацию (*compensation*), репарацию (*reparation*), возместить убытки (*indemnification*) и т.д. Различные правовые концепции, которые составляют содержание данных терминов, смешиваются, что только запутывает ситуацию. При этом важно отметить, что довольно

часто данные термины используются как взаимозаменяемые. Это приводит к тому, что периодически обоснования из одного дела переносятся на другое без увязки с конкретными обстоятельствами. Во-вторых, не всегда в международной практике учитывается тот факт, что понятие “стоимость” является не объективным качеством вещи, а относительной концепцией. В-третьих, существует потребность в понимании юристами, судьями и арбитрами, задействованными в таких разбирательствах, концепций и принципов оценки, используемых в экономической науке и практике⁹.

Вопросы юридической терминологии в области компенсации

Различные правовые системы выработали свои собственные подходы к вопросу компенсации. Неудивительно, что в этой связи правовые термины имеют разное значение в зависимости от языка и конкретной правовой системы. Как подчеркивает И.З. Фархутдинов, компенсация охватывает два вида действий, которые отличны друг от друга: совокупность оценочных действий и предоставление в распоряжение потерпевших принудительно изъятию у инвестора установленных сумм. При этом такое предоставление должно осуществляться на условиях, которые не приводят к появлению новой формы изъятия собственности, особенно посредством таких методов, как установление верхнего предела компенсации, рассрочка платежей, запрет на конвертацию или переводы сумм¹⁰.

Отдельно следует остановиться на проблеме лингвистических особенностей перевода. В английском языке используются два термина: “damages” и “compensation”¹¹. Традиционно под первым термином понимают средство правовой защиты в делах, которые включают незаконные деяния, включая нарушения международного права. “Damages” в таком понимании используются для обозначения обязанности произвести выплаты за причинение вреда другой стороне. В известном деле *Chorzów Factory* ППМП отметила, что любое нарушение договоренности (*engagement*) включает обязательство произвести репарацию и является принципом международного права (*principle of international law*) или даже общей концепцией права (*general conception of law*)¹². Трибунал указал на то, что “основной принцип, который содержится в понятии неправомерный акт..., заключается в том, что репарация должна настолько это возможно ликвидировать все последствия неправомерного деяния и восстановить ситуацию, которая существовала бы, если бы этот акт не был совершен”¹³. Он рассматривал реституцию в качестве первоочередного средства правовой защиты и денежную компенсацию в качестве дополнительного средства, когда прямая реституция была невозможна. При этом репарация должна как можно ближе быть к *restitution in integrum*.

Термин же “compensation” относится к правомерным последствиям осуществления государством своих суверенных прав, в частности права экспроприировать иностранную собственность в публичных интересах¹⁴. Это

⁵ Далее термины используются как взаимозаменяемые.

⁶ См.: Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право: теория и практика применения. М., 2005. С. 271.

⁷ См.: Лукашук И.И. Право международной ответственности. Предисловие. М., 2004.

⁸ Marboe I. Compensation and Damages in International Law The Limits of “Fair Market Value” // Journal of World Investment and Trade. 2007. Vol. 7. No. 5. P. 723.

⁹ См.: *ibid.* P. 723, 724.

¹⁰ См.: Фархутдинов И.З. Указ. соч. С. 266.

¹¹ На русском языке употребляется только термин “компенсация”.

¹² См.: Case concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland), Judgement, 1928. PCIJ. A/17 1928. P. 29.

¹³ Walde T.W. and Sabahi B. Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law // Transnational Dispute Management Journal. 2007. No. 7. P. 6 // <http://www.transnational-dispute-management.com>

¹⁴ См.: *ibid.*

право напрямую связано с территориальным суверенитетом государства. Компенсация выступает в качестве одного из условий соблюдения государством своих обязательств по международному праву в случае экспроприации, так как, используя терминологию Комиссии международного права, является первичным обязательством (primary obligation) международного права. В случае правомерной компенсации обязанность выплатить компенсацию вытекает из суверенного права государства. В 1922 г. Постоянная палата третейского суда в Норвежском деле признала суверенное право государства как по американскому, так и по международному праву “экспроприровать, изымать (take) или управомочивать изымать любую собственность под его юрисдикцией, которая может понадобиться в общественных целях (public goods) или в целях всеобщего благосостояния (general welfare)”¹⁵.

В контексте международно-правового регулирования иностранных инвестиций термин “компенсация” может употребляться и в других значениях. Она может представлять из себя одну из форм репарации в соответствии со статьями об ответственности государств за международные противоправные деяния. В этом случае обязанность выплаты компенсации является следствием неправомерного поведения государства и, в терминах Комиссии международного права, вторичным обязательством по международному праву. Наконец, компенсация может использоваться для указания на обязанность возместить вред вследствие нарушения контрактных обязательств. Такое состояние дел осложняет правоприменительную практику и часто становится источником разногласий среди как арбитров, так и участников арбитражного разбирательства.

Обязанность выплатить “damages” возникает вследствие нарушения государством его обязательства по международному праву или контракту с инвестором. В первом случае наступает ответственность государства за международно-противоправное деяние. Во втором – государство несет ответственность за нарушение контрактных обязательств. Анализ показывает, что функция compensation в первую очередь состоит в замене стоимости экспроприированного имущества, а “damages” – в полном возмещении причиненного вреда¹⁶. Для целей последовательного определения суммы возмещения необходимо учитывать разницу в функциях и проводить различие между этими понятиями.

В статьях об ответственности государств за международные противоправные деяния Комиссией международного права такое жесткое различие уже не проводится¹⁷. В частности, указывается, что компенсация выступает в роли одной из форм репарации по обеспечению выполнения обязательства по полному возмещению вреда, причиненного международным противоправным деянием¹⁸. Вред, в свою очередь, включает любой ущерб, материальный или моральный, нанесенный международно-противоправным деянием государства¹⁹. Таким образом, становится понятно, что Комиссия международного права выступила за более широкое понимание термина “компенсация”.

Действительно, часто довольно трудно провести различие между терминами. В этой связи в зарубежной научной литературе для обозначения правомерного и неправомерного поведения государств термины “compensation” и “damages” используются как взаимозаменяемые²⁰ и для объяснения одного термина через другой, и наоборот. По мнению юристов, это могло стать одной из причин использования термина “компенсация” (а не “damages”) в работе Комиссии международного права для описания последствий неправомерных деяний государств по международному праву.

Усложняет ситуацию использование в статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния на английском языке одного термина “компенсация” в качестве денежной формы возмещения, что часто не позволяет разграничивать вопросы “компенсации” как первичного обязательства по международному праву в случае экспроприации и полного возмещения вреда (full reparation) как вторичного обязательства по международному праву в случае неправомерного акта государства²¹. По смыслу статей об ответственности государств за международные противоправные деяния вторичное обязательство по выплате компенсации за нарушения международного права государством является частью общего обязательства по полному возмещению вреда в соответствии со ст. 31 данного документа²². Данное обстоятельство обусловлено тем фактом, что в английском языке термины “компенсация” и “damages” используются как взаимозаменяемые. Аналогичным образом во французском тексте используется термин “indemnisation”, а в испанском – “indemnización”, которые также используются в случаях экспроприации. В немецком же тексте используется термин “Schadenersatz” (“возмещение вреда”), который соответствует термину, используемому в договорном праве, что позволяет разграничивать вышеобозначенные различия. В отдельных документах термин “компенсация” также используют в контексте правовых последствий за нарушение правовых норм в смысле “damages”. Примером могут служить Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 г. В ст. 7.4.2. “Полная компенсация” устанавливается: “Потерпевшая сторона имеет право на полную компенсацию ущерба, возникшего в результате неисполнения. Такой ущерб включает любые понесенные стороной потери и всякую выгоду, которой она лишилась, и учитывая любую выгоду потерпевшей стороны, полученную ею в результате того, что она избежала расходов или ущерба”²³. Эти примеры подтверждают тезис о том, что довольно часто не проводится терминологического различия для обозначения данных понятий.

В научной литературе такое положение дел вызывает дискуссии, так как многие ученые придерживаются необходимости разграничения между терминами. Данная позиция находит отражение не только в научной литературе, но и в решениях трибуналов. В деле Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. the Arab Republic of Egypt²⁴ было уста-

¹⁵ Norwegian Shipowners Claims case (Norway v. U.S.), 1922. 1 R. Int'l Arb. Awards 307.

¹⁶ См.: *Marboe I.* Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law. P. 296.

¹⁷ Далее в статье этот термин используется в этом значении.

¹⁸ См.: Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, ст. 34 // <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/99/PDF/N0147799.pdf?OpenElement>

¹⁹ См.: *ibid.*

²⁰ См.: *Ripinsky S.* Damages in International Investment Law. London, 2008. P. 4.

²¹ См.: *Marboe I.* Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law. P. 705.

²² См.: *ibid.* P. 706.

²³ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 // <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles/2010/translations/blackletter2010-russian.pdf>

²⁴ См.: Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. the Arab Republic of Egypt, Award, May 20, 1992. ICSID Case No. ARB/84/3. 183 para // http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC671_En&caselD=C135

новлено, что “истец ищет компенсацию за правомерную экспроприацию, а не репарацию за вред, причиненный незаконным действием, таким как нарушение контракта. Главный пункт, который необходимо учитывать при определении подходящей компенсации, заключается в том, что в то время, как контракты больше не могут быть исполнены, истец уполномочен на получение справедливой компенсации за то, что было экспроприровано, нежели за damages вследствие нарушения контракта”²⁵. В деле *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Ltd. v. Hungary*²⁶ трибунал постановил, что двусторонний инвестиционный договор между Кипром и Венгрией “не предусматривает норм, относящихся к выплате damages в случае незаконной экспроприации. Он устанавливает только стандарт компенсации, подлежащей выплате в случае законной экспроприации. Эти нормы не могут быть использованы для определения вопроса damages в случае незаконной экспроприации, так как это будет означать объединение законной экспроприации с damages за незаконную экспроприацию”²⁷.

В деле *LG&E v. Argentine Republic* было отмечено, что следует различать “компенсацию” как следствие законного деяния и “damages” как следствие противоправного деяния²⁸. Damages в целом рассматриваются в качестве правовой обязанности оплатить жертве неправомерного акта наносящие вред последствия (detrimental consequences)²⁹.

Концепция ответственности государств за вред, причиненный иностранным лицам, является довольно обсуждаемой темой, несмотря на принятие Генеральной Ассамблеей ООН в 2001 г. статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния. Довольно общая формулировка ст. 36 подтверждает этот факт³⁰. В этой связи интерес представляет позиция специального докладчика Комиссии международного права, известного юриста-международника Дж. Кроуфорда. Он отметил, что “проведение существенных различий между правомерной и неправомерной экспроприациями (taking) или определение содержания любого первичного обязательства не являются функцией Комиссии. Теперь, когда Комиссия приняла решение рассмотреть вопрос дипломатической защиты в качестве отдельной темы (несмотря на то что он находится в общей сфере ответственности), количественные вопросы, возникающие в контексте причинения вреда иностранным лицам, более подходят для рассмотрения в качестве составляющей части данной темы”³¹.

Компенсация в системе средств правовой защиты

Несмотря на наличие в последнее время большого количества доступных для общественности решений судов и трибуналов по спорам о компенсации, оценка компенсации в инвестиционных спорах по-прежнему остается крайне дискуссионным вопросом. Ситуация усложняется также тем, что иски о компенсации предъявляются в соответствии с разными международными соглашениями и нормами. Это приводит к тому, что право, регулирующее вопросы компенсации, может отличаться от дела к делу. Более того, многие споры рассматриваются арбитрами по конкретному делу в соответствии с разными правилами процедуры, а не в рамках деятельности отдельного международного суда, который работает по определенным правилам и стремится к последовательности в своих решениях. При этом несмотря на различия двусторонние и многосторонние инвестиционные договоры содержат материальные нормы, которые в целом похожи по своей форме и содержанию³².

В инвестиционном споре истец, как правило, заявляет о нарушении норм международного права. Такие положения можно обнаружить в двустороннем или многостороннем инвестиционном соглашении о защите и поощрении инвестиций. Периодически стороны обращаются к обычному международному праву. Инвестор также может обосновывать свое требование ссылкой на нарушение инвестиционного контракта³³. Полномочия суда (трибунала) рассматривать такие иски зависят от его юрисдикции. Так, например, в ст. 1166 соглашения НАФТА предусмотрено, что трибунал полномочен на рассмотрение исковых заявлений относительно нарушения принимающим государством обязательств по гл. 11 НАФТА. Это означает, что такой трибунал не будет рассматривать требование стороны о нарушении контрактных обязательств. В деле *Waste Management Inc v. Mexico*³⁴ трибунал отметил, что, “в отличие от многих двусторонних и региональных инвестиционных соглашений, глава 11 НАФТА не предоставляет юрисдикции в отношении нарушений инвестиционных контрактов, таких как концессионные соглашения. Не содержит она и “зонтичных оговорок”³⁵, связывающих принимающее государство соблюдать свои контрактные обязательства”. Это не означает, что у трибунала отсутствует юрисдикция принимать во внимание или толковать контракт. Однако такая юрисдикция носит второстепенный (incidental) характер”³⁶. То же самое справедливо и в отношении тех двусторонних инвестиционных договоров, которые усматривают рассмотрение только споров из нарушения их положений. Другие соглашения не устанавливают таких жестких рамок юрисдикции и расширяют юрисдикцию судов (трибуналов) до рассмотрения любых споров, относящихся к инвестициям.

²⁵ Ibid.

²⁶ См.: *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v the Republic of Hungary*, Award, October, 2, 2006. ICSID Case No. ARB/03/16 // http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC648_En&caseId=C231

²⁷ Ibid. 481 para.

²⁸ См.: *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, Award, July, 25, 2007. ICSID Case No. ARB/02/1. 38 para // http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC786_En&caseId=C208

²⁹ См.: *Walde T.W., Sabahi B.* Op. cit. P. 2.

³⁰ При этом следует отметить, что в подробных комментариях к статьям об ответственности отдельные положения конкретизируются и сопровождаются примерами.

³¹ Reports on State Responsibility by the Special Rapporteur, 30 May 2000. Third Report, Addendum 1 (A/CN.4/507/Add.1). 158 par // http://www.lcil.cam.ac.uk/projects/state_responsibility_document_collection.php#6

³² Более подробно см.: *Commission J.P. Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence* // *Journal of International Arbitration*. 2007. No. 24 (2). P. 141.

³³ По общему правилу нарушение контракта не является нарушением международного права.

³⁴ См.: *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Award, June, 2, 2000. ICSID Case No. ARB(AF)/98/2 // <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC570&caseId=C166>

³⁵ Юхно А.С. Зонтичные оговорки в практике международных арбитражных трибуналов: последние тенденции // *Международное публичное и частное право*. 2010. № 5.

³⁶ *Steger D.* International Investment Law // http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/Casos_Mexico/Waste_2_management/laudo/laudo_ingles.pdf

Таким образом, охватываются также случаи нарушения инвестиционных контрактов.

Важный практический и теоретический интерес представляет вопрос доступности для сторон по делу средств правовой защиты. Компенсация является наиболее распространенным средством правовой защиты в международных инвестиционных разбирательствах. При этом важно отметить, что заявлены и предоставлены могут быть и другие, нематериальные средства защиты. В случае с процедурной стороной дела проблем в отношении доступности средств правовой защиты, как правило, не существует. Трудности возникают в отношении материального права. Как показывает практика, в большинстве международных договоров этот вопрос не раскрывается. По этой причине интерес представляет рассмотрение тех международных договоров, которые такие положения предусматривают. Так, ст. 1135 НАФТА предусматривает, что, “когда трибунал выносит окончательное решение против стороны дела, он может признать, отдельно или в сочетании, только денежные убытки и подлежащие выплате проценты; реституцию собственности в тех случаях, когда решение должно предусматривать, что спорящая сторона может выплатить денежные убытки и подлежащие выплате проценты вместо реституции”³⁷. Аналогичная формулировка содержится в модельном ДИД США 2004 г.³⁸

В решениях международных судов и трибуналов можно найти подтверждение тезиса о том, что они обладают полномочиями определять подходящее средство правовой защиты для каждого конкретного случая. В зарубежной научной литературе часто приводится пример дела *Rainbow Warrior*³⁹, в котором трибунал посчитал, что “полномочия издавать приказ о прекращении или приостановлении незаконного деяния и воздержания от совершения деяния вытекают из имманентных (inherent) полномочий компетентного трибунала”⁴⁰. В известном деле *Enron v. Argentine Republic* трибунал ссылается на аргументацию в деле *Rainbow Warrior*, указывая на то, что “анализ полномочий международных судов и трибуналов предписывать меры, касающиеся исполнения или запрета исполнения, и обширной практики, которая в этой связи доступна, не оставляет трибуналу сомнений в том факте, что такие полномочия действительно доступны”⁴¹.

В качестве средств правовой защиты могут рассматриваться и другие обязательства, возложенные на государства. Так, в статьях об ответственности государств за международные противоправные деяния Комиссией международного права к ним отнесены “сохраняющаяся обязанность ответственного государства по исполнению нарушенного обязательства” (ст. 29), “прекращение и неповторение деяния” (ст. 30), три формы репарации (ст. 31, ст. 34–37)⁴². Таким образом, компенсация выступает лишь в качестве одного (хотя и важного)

средства правовой защиты прав инвестора. При этом важно отметить, что трибуналы часто совмещали нематериальные средства правовой защиты с денежной компенсацией. Как отмечал И.И. Лукашук, денежные выплаты возможны и при сатисфакции. Однако они представляют собой форму возмещения морального вреда, денежная оценка которого может носить весьма относительный характер. Компенсация же представляет собой возмещение материального вреда и должна в максимально возможной мере соответствовать причиненному ущербу⁴³.

Доступность средств правовой защиты может определяться как применимым к ситуации правом, так и инвестиционным контрактом. При отсутствии ограничений трибуналы могут использовать все средства правовой защиты. При этом важно учитывать особенности конкретных ситуаций. Так, например, при законной экспроприации единственным доступным средством правовой защиты по международному праву является компенсация⁴⁴.

Реституция и компенсация

В научной литературе укоренилась позиция, согласно которой реституция является основным правовым средством защиты инвестора, а компенсация – вспомогательным⁴⁵. В деле *Chorzów Factory*⁴⁶ трибунал рассматривал реституцию в качестве первоочередного средства правовой защиты и денежную компенсацию в качестве дополнительного средства, когда прямая реституция была невозможна. Данная позиция нашла подтверждение в статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния. Статья 36 устанавливает, что ответственное государство “обязано компенсировать ущерб, причиненный таким деянием, насколько такой ущерб не возмещается реституцией”⁴⁷. В ст. 35 установлено, что “государство, ответственное за международно-противоправное деяние, обязано осуществить реституцию, то есть восстановить положение, которое существовало до совершения противоправного деяния”⁴⁸. Реституцию можно подразделить на материальную (например, возвращение имущества) и юридическую (например, отзыв, отмена или изменение законодательного положения, принятого в нарушение нормы международного права)⁴⁹.

В статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния реституция и компенсация являются формами репарации. Реституция определяется как восстановление положения, “которое существовало до совершения противоправного деяния”⁵⁰. Как отмечается в комментариях к статьям, данная концепция не имеет универсального определения. В них используется более узкое определение, которое делает акцент на оценке фактической ситуации и не нацелено на изучение вопроса о том, какова была бы ситуация, если бы данное противоправное деяние не было совершено. Широкое определение подразумевает

³⁷ См.: North American Free Trade Agreement, January, 1, 1994. UPL: <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=343&mtplID=ALL#A1135> // <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-112.asp>

³⁸ См.: USA Model Bilateral Investment Treaty, 2004 // <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>

³⁹ *Rainbow Warrior case* (New Zealand v. France), France-New Zealand Arbitration Tribunal, Award, April, 30, 1990 // http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf

⁴⁰ Ibid. 114 para.

⁴¹ *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Decision on jurisdiction, January 14, 2004. ICSID Case No. ARB/01/3. 79 para // http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Jurisdiction_000.pdf

⁴² См.: *Ripinsky S. Op. cit.* P. 51.

⁴³ См.: *Лукашук И.И.* Указ. соч. С. 217.

⁴⁴ См.: *Ripinsky S. Op. cit.* P. 53.

⁴⁵ См.: *ibid.* P. 55.

⁴⁶ См.: *Case concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Judgment, 1928. PCIJ. A/17 1928.

⁴⁷ Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, ст. 36.

⁴⁸ Там же. ст. 35.

⁴⁹ Более подробный анализ см.: Комментарии к статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния. С. 97 // <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>

⁵⁰ Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, ст. 35.

установление или восстановление ситуации, которая существовала бы, если бы противоправное деяние не было совершено⁵¹.

Статьи также устанавливают ограничения ее применения. Согласно ст. 35 реституция возможна, «если и в той мере, в какой реституция не является материально невозможной или не влечет за собой бремя, которое совершенно непропорционально выгоде от получения реституции вместо компенсации». Фраза «если и в той мере, в какой» подразумевает, что «реституция может быть исключена лишь частично, и в этом случае ответственное государство будет обязано обеспечить реституцию в том объеме, в каком она не является невозможной или непропорциональной»⁵².

Несмотря на то что реституция является основным средством правовой защиты по международному праву, практика показывает, что ее применение довольно ограничено. Более того, в этом отношении предпочтительнее выглядит компенсация, которая в инвестиционных спорах используется намного чаще. При этом часто требование о реституции не отвечает интересам истца. В тех случаях, когда истец нацелен покинуть страну – реципиента инвестиций, денежная компенсация выглядит предпочтительнее. Более того, трибуналы и суды не могут выходить за пределы своей компетенции и рассматривать вопросы реституции, когда такого требования истцом заявлено не было. Нельзя также оставить без внимания вопрос принудительного исполнения государством своих обязательств. В случае с реституцией этот вопрос становится намного сложнее, чем в ситуации, когда денежную компенсацию можно взыскать с ответчика, используя, например, его зарубежные активы. Отдельно следует отметить, что реституция может применяться только вследствие наличия международно-противоправного деяния. Таким образом, она не применима к случаям правомерной экспроприации. В деле *LIAMCO v. Libya* арбитр сделал вывод о том, что реституция является общим принципом права (*general principle of law*), который не противоречит принципу суверенитета, если государство вступило в концессионные отношения. Однако, учитывая возможность возникновения проблем с обеспечением исполнения решения государством, истцу была присуждена компенсация⁵³.

Интерес также представляет Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств⁵⁴.

В ней, в частности, установлено, что «каждое Договаривающееся Государство должно признавать арбитражное решение, вынесенное согласно настоящей Конвенции, в качестве обязательного и выполнять денежные обязательства, предусмотренные этим решением, в пределах своей территории, как если бы это было окончательным решением суда данного государства»⁵⁵. О неденежных обязательствах речь не идет. В известном деле *LG&E v Argentine Republic* трибунал отказался присуждать юридическую реституцию, обосновывая это тем, что он не может «заставить Аргентину сделать это без необоснованного вмешательства в ее суверенитет»⁵⁶. Учитывая данные ограничения, приходится констатировать, что реституция на практике используется довольно редко. Такой позиции, в частности, придерживался И.И. Лукашук, который отмечал, что, «несмотря на то что в случае правонарушения прежде всего возникает вопрос о реституции, она нередко оказывается либо невозможной, либо не обеспечивающей полное возмещение»⁵⁷.

В качестве заключения

Анализ инвестиционных споров позволяет сделать вывод о возросшей роли компенсации, которая стала самым распространенным средством правовой защиты в этой области. Усложняет ситуацию использование в статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния на английском языке одного термина «компенсация» в качестве денежной формы возмещения. От использования терминов «компенсация» и «damages» Комиссия международного права ООН решила отказаться. Данный подход имеет как своих сторонников, так и противников.

Следует отметить важную роль применения юридической терминологии при выборе подхода к оценке суммы компенсации. Не в последнюю очередь это обусловлено тем, что правовые системы государств выработали свои собственные подходы к вопросу компенсации и используют различные правовые термины (в том числе взаимозаменяемые), содержание которых различается. Это приводит к тому, что юридически обоснования из одного дела переносятся на другое без увязки с конкретными обстоятельствами. Таким образом, становится понятно, что практика в отношении вопросов оценки суммы компенсации остается в большей степени непредсказуемой. Потребуется время и обширная судебная и арбитражная практика для формирования единообразных подходов к присуждению компенсации и вынесению последовательных решений по инвестиционным спорам.

⁵¹ Более подробный анализ см.: Комментарии к статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния. С. 96.

⁵² Там же. С. 98.

⁵³ См.: *LIAMCO v. Libya*, Ad Hoc Tribunal (Draft Convention on Arbitral Procedure, ILC 1958), Arbitral Award, April 12, 1977.

⁵⁴ Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтонская Конвенция), 1965. На настоящий момент Конвенция была подписана 157 государствами (включая

Российскую Федерацию), ратифицирована 147 государствами (Российская Федерация не ратифицировала) // http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home

⁵⁵ Там же. ст. 54.

⁵⁶ *Ripinsky S. Op. cit.* P. 57, 58.

⁵⁷ *Лукашук И.И.* Указ. соч. С. 217.